



Cour III
C-3784/2010

Arrêt du 29 février 2012

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Vito Valenti, Madeleine Hirsig-Vouilloz, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A. _____,
représenté par Maître Léo Farquet, 1920 Martigny,
recourant,

contre

**Office de l'assurance-invalidité pour les assurés
résidant à l'étranger (OAIE),**
avenue Edmond-Vaucher 18, case postale 3100,
1211 Genève 2,
autorité inférieure.

Objet

Assurance-invalidité (décision du 27 avril 2010).

Faits :**A.**

Le ressortissant portugais A._____, né en 1956, a travaillé en Suisse durant les années 1982 à 1991. Sa dernière activité au Portugal a été dans la construction d'immeubles en tant qu'indépendant du 1^{er} juin 1992 au 31 décembre 2005 (cf. pces 7 et 18). Ayant développé un cancer diagnostiqué fin 2006, il déposa une demande de prestations d'invalidité suisses en date du 5 décembre 2007 auprès de l'organisme de liaison. Elle fut enregistrée le 2 novembre 2008 par la Caisse suisse de compensation (pce 1).

B.

Dans le cadre de l'instruction de la demande l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) porta notamment au dossier les documents ci-après:

- un questionnaire à l'assuré daté du 6 mars 2009 indiquant une activité à plein temps d'indépendant dans la construction de 1992 à fin 2005 et un suivi médical pour cause de cancer (pce 10),
- une documentation fiscale portant sur les années 2003-2005 avec une attestation de fin d'activité au 31 décembre 2005 (pces14-17),
- un questionnaire pour indépendants indiquant une activité cessée fin 2005 et la perception d'une rente d'invalidité portugaise depuis janvier 2007 (pce 18),
- un rapport de colonoscopie daté du 26 décembre 2006 (pce 23) et un rapport du Dr B._____ du 17 janvier 2007 concluant à l'existence d'un adénocarcinome modérément différencié avec métastases ganglionnaires régionaux (pce 24),
- un rapport de TC dorso-lombaire daté du 9 novembre 2007 sans particularités significatives (pce 25),
- une attestation portugaise datée du 26 novembre 2007 d'incapacité permanente globale de 60% (pce 27),
- un rapport E 213 daté du 15 janvier 2008 relevant un bon état général (162cm/72kg), des paresthésies aux quatre membres, une diminution de la force motrice, une marche sans altération, posant le diagnostic d'hémicolectomie droite pour adénocarcinome T2 G2 N1 MX [le 12

janvier 2007, cf. pce 34] et de rachialgies, indiquant une incapacité de travail dans l'activité ordinaire et une invalidité relative sans autres précisions (pce 26),

- un rapport neurologique du 30 juillet 2009 du Dr C. _____ relatant à la suite d'un accident du travail en 1995 la perte de l'ouïe droite, des acouphènes et pertes d'équilibre sans amélioration, une intervention pour adénocarcinome en janvier 2007 suivie de 6 mois de chimiothérapie avec plainte de paresthésie et hypoesthésie aux quatre membres, un status sans médication, relatant un bon status neurologique, posant le diagnostic clinique compatible de polyneuropathie sensitive-moteur (pce 37),
- des rapports d'examens de laboratoire du 21 juillet 2009 (pce 49),
- un rapport E 213 daté du 26 août 2009 notant les plaintes de fatigues, perte de force musculaire, paresthésie des extrémités, indiquant une ancienne activité de maçon, un status général normal (162cm/70kg), une bonne mobilité des membres supérieurs et inférieurs, une diminution de la force moteur, une expression dépressive, posant le diagnostic de polyneuropathie sensitive moteur, notant la possibilité de travaux moyens et légers, sans usage de rampes et escaliers, indiquant un risque de chutes, la possibilité d'exercer l'activité ordinaire à 40% au plus et une activité à plein temps adaptée (pce 39),
- un rapport E 213 daté du 4 novembre 2009 indiquant les plaintes de diminution de la sensibilité des mains et des pieds après chimiothérapie, un status général normal (162cm/71kg) avec les indications précitées, la possibilité d'exercer l'ancienne activité à 25% et une activité à plein temps adaptée (pce 44),
- un rapport E 213 daté du 14 novembre 2009 indiquant les plaintes de diminution de la sensibilité des mains et des pieds après chimiothérapie, le status précédent, posant le diagnostic de syndrome dépressif et séquelle de carcinome, retenant la capacité de travail précitée (pce 50),
- un rapport de la Dresse D. _____, service de chirurgie, daté du 29 décembre 2009, faisant état de polyneuropathie sensitive de type mixte au niveau des membres survenue à la suite de la

chimiothérapie de janvier à août 2007, d'un status sans métastase, exempt de tumeur (pce 59),

- un rapport d'EMG des membres daté du 4 janvier 2010 concluant à une polyneuropathie sensitive modérée de type mixte au niveau des membres supérieurs et inférieurs (pce 58).

C.

Invité à se déterminer sur la documentation médicale, le Dr E. _____ de l'OAIE indiqua dans son rapport du 15 janvier 2010 que l'intéressé avait été opéré d'un carcinome du côlon début janvier 2007 et que sur la base des rapports E 213 l'évolution avait été positive sans récurrence sous réserve de troubles de la sensibilité et de faiblesse dans les membres dans un cadre de polyneuropathie senso-moteur consécutif à une chimiothérapie suivie pendant 6 mois. Il nota que cette complication ne permettait plus à l'assuré d'exercer son ancienne activité depuis le 17 janvier 2007 mais qu'il lui était possible d'exercer une activité adaptée à 80% dès cette date puis à 100% dès le 1^{er} août 2007, après la chimiothérapie suivie de 6 mois, telle que surveillant de parking / musée, vente par correspondance, vendeur de billets, accueil / réceptionniste, standardiste / réceptionniste, saisie de données / scannage, du fait qu'il n'était pas apparu d'autres complications (pce 63).

Sur cette base l'OAIE effectua une évaluation de l'invalidité économique de l'assuré. Relevant que la documentation fiscale ne permettait pas de déterminer le revenu net de l'intéressé, il prit comme base le revenu mensuel moyen au Portugal en 2007 d'un briqueteur, soit Euro 714.65, augmenté de 10% à Euro 786.12 vu la longue expérience de l'assuré et compara ce montant avec celui résultant de la prise en compte des activités de substitution proposées par le Dr E. _____. A ce titre l'OAIE retint les revenus comparables au Portugal de manoeuvre dans l'imprimerie, les éditions et les industries annexes (Euro 690.14), caissier dans le commerce de détail (Euro 534.91), commis vendeur dans le commerce de gros (Euro 756.77), soit en moyenne Euro 660.61 duquel l'OAIE déduisit 15% pour tenir compte de l'âge et des limitations de l'intéressé à des tâches légères, soit Euro 561.52. Il s'ensuivit une perte de gain de 29% $(786.12 - 561.52) \times 100 : 786.12 = 28.57\%$.) dès le 1^{er} août 2007 ensuite d'une perte de gain de 80% à compter du 17 janvier 2007 en référence au revenu théorique antérieur (pce 64).

D.

Par projet de décision du 19 février 2010, l'OAIE informa l'assuré qu'il

était apparu de son dossier une incapacité de travail de 80% dans sa dernière activité mais qu'en revanche l'exercice d'une activité lucrative adaptée plus légère exigible à 100% [telles celles indiquées par le Dr E. _____] sans port de charges ni travaux lourds donnerait lieu à une perte de gain de 29%, taux d'invalidité inférieur au taux seuil de 40% et qu'en conséquence la demande de prestations devrait être rejetée (pce 65).

Par acte du 25 mars 2010 l'intéressé fit valoir son désaccord avec le projet de décision relevant une perte de l'ouïe totale de l'oreille droite qui n'aurait éventuellement pas été prise en compte et des problèmes d'estomac qui pourraient donner lieu à une prochaine intervention (pce 67).

L'OAIE rejeta par décision du 27 avril 2010 la demande de prestations précisant que les observations de l'intéressé du 25 mars précédent n'étaient pas de nature à modifier le bien-fondé du projet de décision (pce 68).

E.

Contre cette décision l'intéressé, représenté par Me Léo Farquet, interjeta recours en date du 26 mai 2010 auprès du Tribunal de céans concluant sous suite de frais et dépens à la mise en place d'une expertise médicale et à l'octroi d'une rente d'invalidité. Il fit valoir souffrir d'un cancer de l'intestin avec métastases, diagnostic posé par ses médecins portugais qui ne serait jamais parvenu à l'OAIE. Il releva que ce diagnostic, dont les symptômes ne permettent pas l'exercice d'une activité lucrative, n'avait pas été retenu par l'OAIE. Il indiqua en substance avoir présenté une incapacité de travail de 40% au moins en moyenne durant une année sans interruption notable, ce qui avait été retenu en l'espèce par l'OAIE dans sa décision du 27 avril 2010 et lui ouvrait le droit à une rente d'invalidité. Il produisit 2 nouveaux rapports médicaux, soit un rapport du 9 septembre 2009 d'une endoscopie digestive haute et un rapport anatomo-pathologique du côlon daté du 29 décembre 2006 (pce TAF 1).

F.

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE requit l'avis de la Dresse F. _____, oncologue, qui, dans son rapport du 27 août 2010 indiqua confirmer la prise de position du Dr E. _____ du 15 janvier 2010. Elle releva que si la dernière activité lourde n'était plus exigible médicalement, des activités plus légères l'étaient toujours à 100% dès la fin de la chimiothérapie, à savoir le 1^{er} août 2007. Elle nota que la documentation

produite n'apportait aucun élément déterminant, qu'en l'occurrence l'endoscopie digestive haute révélait une petite hernie hiatale sans lésion d'œsophagite associée qui correspondait à une atteinte tout à fait bénigne qui ne portait pas à conséquence et le rapport anatomo-pathologique du côlon du 27 décembre 2006 concernait l'affection connue (pce 70). Sur cet avis l'OAIE conclut au rejet du recours dans sa réponse du 7 octobre 2010. Il fit valoir que, selon son service médical, si l'intéressé était en incapacité à hauteur de 80% dans sa dernière activité lourde il était en mesure à compter du 1^{er} août 2007 d'exercer une activité légère adaptée à 100% dont il résultait, pris en compte un abattement de 15% sur le revenu de substitution pour circonstances personnelles, une perte de gain de 29%, taux n'ouvrant pas le droit à une rente. Il précisa que la documentation médicale produite en cours de procédure de recours ne contenait aucun élément objectif susceptible de modifier l'appréciation déjà établie et que le fait que l'assuré soit au bénéfice d'une rente portugaise n'était pas déterminant, les décisions de la sécurité sociale étrangère ne liant pas l'assurance-invalidité suisse (pce TAF 5).

G.

Par décision incidente du 14 octobre 2010 le Tribunal de céans requit du recourant une avance de frais de procédure de Fr. 400.-, montant dont il s'acquitta dans le délai imparti (pces TAF 6 s.).

H.

Par réplique du 11 novembre 2010 le recourant maintint ses conclusions. Il fit valoir que la perte de revenu théorique était sous-évaluée, qu'il convenait de rappeler qu'il avait été atteint d'un cancer avec complication de polyneuropathie sensitive de type mixte, ce qui n'avait pas été pris en compte par l'OAIE, de même que les symptômes du cancer n'avaient pas été pris en compte, qu'en l'occurrence ceux-ci, tels la perte de poids, le faux besoin d'aller à selle, les douleurs abdominales inconnues et persistantes, les troubles du transit intestinal, ajoutés à ceux de la polyneuropathie sensitive, ne permettaient pas d'exercer une activité lucrative même plus légère et mieux adaptée à l'état de santé. Il souligna la nécessité d'ordonner une expertise en Suisse (pce TAF 8).

Par duplique du 30 novembre 2010 l'OAIE maintint sa détermination (pce TAF 10), ce que le Tribunal de céans communiqua au recourant pour connaissance (pces TAF 11 et 13).

Droit :**1.**

1.1. Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, le Tribunal de céans, en vertu de l'art. 31 LTAF en relation avec l'art. 33 let. d LTAF et l'art. 69 al. 1 let. b de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), connaît des recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger contre les décisions concernant l'octroi de rente d'invalidité prises par l'OAIE.

1.2. Selon l'art. 37 LTAF la procédure devant le Tribunal de céans est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. En vertu de l'art. 3 let. d^{bis} PA, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de ladite loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. En application de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26^{bis} et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

1.3. Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

1.4. Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est recevable.

2.

2.1. L'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP, RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. A cette date sont également entrés en vigueur son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur

famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RS 0.831.109.268.1), s'appliquant à toutes les rentes dont le droit prend naissance au 1^{er} juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du règlement), et enfin le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'accord, en particulier son annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

2.2. L'art. 80a LAI rend expressément applicables dans la présente cause, s'agissant d'un ressortissant de l'Union européenne, l'ALCP et les règlements (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et (CEE) n° 574 /72 du Conseil du 21 mars 1972 relativement à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71.

2.3. De jurisprudence constante l'octroi d'une rente étrangère d'invalidité ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse (arrêt du Tribunal fédéral I 435/02 du 4 février 2003 consid. 2; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1989 p. 330). Même après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse (ATF 130 V 253 consid. 2.4).

3.

L'examen du droit à des prestations selon la LAI est régi par la teneur de la LAI au moment de la décision entreprise eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 136 V 24 consid. 4.3; 130 V 445 consid. 1.2 et les références). Les dispositions de la 5^e révision de la LAI entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 sont applicables et les dispositions citées ci-après sont sauf précision contraire celles en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2008. Toutefois, le droit à la rente

s'étendant jusqu'au 31 décembre 2007 s'examine à la lumière des anciennes normes, ce qui motive qu'il y soit fait également référence si nécessaire. Ne sont en revanche pas applicables les dispositions de la 6^e révision de la LAI (premier volet) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2012 (RO 2011 5659, FF 2010 1647).

4.

Le recourant a présenté sa demande de rente le 5 décembre 2007. En dérogation à l'art. 24 LPGa, l'art. 48 al. 2 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 prévoit que si l'assuré présente sa demande de rente plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande. En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 5 décembre 2006 ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 27 avril 2010, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 2.1 et ATF 121 V 362 consid. 1b).

5.

Selon les normes applicables, tout requérant, pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, doit remplir cumulativement les conditions suivantes:

- être invalide au sens de la LPGa et de la LAI (art. 8 LPGa; art. 4, 28, 29 al. 1 LAI);
- avoir versé des cotisations à l'AVS/AI suisse durant une année au moins (art. 36 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007). A compter du 1^{er} janvier 2008, l'assuré doit toutefois compter au moins trois années de cotisations (art. 36 LAI dans sa nouvelle teneur selon la modification du 6 octobre 2006). Dans ce cadre, les cotisations versées à une assurance sociale assimilée d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE) peuvent également être prises en considération, à condition qu'une année au moins de cotisations puisse être comptabilisée en Suisse (FF 2005 4065; art. 45 du règlement 1408/71).

Le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations en vigueur au jour du dépôt de la demande. Il reste à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

6.

6.1. Aux termes de l'art. 8 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. L'art. 4 al. 1 LAI précise que l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. L'al. 2 de cette disposition mentionne que l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération.

6.2. Un assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50% au moins, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 1 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et art. 28 al. 2 LAI en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008). Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 28 al. 1^{er} LAI (art. 29 al. 4 à partir du 1^{er} janvier 2008) - selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 13 LPGA) - n'est plus applicable lorsqu'un assuré est un ressortissant suisse ou de l'UE et y réside (ATF 130 V 253 consid. 2.3).

Depuis le 1^{er} janvier 2008, l'art. 28 al. 1 LAI prévoit que l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes: a. sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles; b. il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40 % au moins.

6.3. Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité durable de 40% au moins (lettre a) ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b; voir ATF 121 V 264 consid. 6). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la lettre a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 21 consid. 2). Une incapacité de travail de 20% doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne selon la let. b de l'art. 29 al. 1 LAI (cf.

chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

6.4. Par incapacité de travail on entend toute perte, totale ou partielle, résultant d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché du travail équilibré, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008).

7.

7.1. Le recourant a travaillé en dernier lieu à plein temps au Portugal jusqu'à fin décembre 2005 dans la construction comme maçon indépendant. Il n'a ensuite plus exercé d'activité lucrative.

7.2. La notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGGA et à l'art. 4 LAI, est de nature juridique/économique et non pas médicale (ATF 116 V 246 consid. 1b). En d'autres termes, l'assurance-invalidité suisse couvre seulement les pertes économiques liées à une atteinte à la santé physique mentale ou psychique - qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident - et non la maladie en tant que telle. Selon l'art. 16 LPGGA, applicable par le renvoi de l'art. 28a al. 1 LAI, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé, en application de la méthode dite générale, avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut être raisonnablement exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation sur un marché de travail équilibré.

7.3. Dans les cas où il est particulièrement difficile de déterminer les revenus avant et après l'invalidité, tout particulièrement s'agissant des indépendants, la jurisprudence admet que l'évaluation de la perte de gain soit faite, exceptionnellement, par une méthode dite extraordinaire. Celle-ci consiste à déterminer les répercussions économiques de la baisse de rendement sur la situation concrète où se déploie l'activité (cf. ATF 128 V 29 consid. 1; MICHEL VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zurich 2011, n° 2183). Concrètement, en application de cette méthode, on constate d'abord l'empêchement dû à l'atteinte à la santé et, ensuite, on examine les effets de cet empêchement sur la capacité de gain (VSI 1998 p. 121; SVR 1996 IV n. 74 consid. 2b). Toutefois, si l'intéressé a cessé toute activité indépendante, on peut renoncer à l'application de la méthode de calcul extraordinaire et appliquer la méthode générale. Dans ce cas là, en effet, la comparaison des activités exercées avant et après la survenance de l'invalidité n'est plus possible (VALTERIO, op. cit. n° 2184; arrêt du Tribunal fédéral I 499/02 du 17 juin 2003 consid. 6 et les références).

7.4. Selon une jurisprudence constante, les données fournies par le médecin constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux on peut encore raisonnablement exiger de l'assuré (ATF 115 V 133 consid. 2, 114 V 310 consid. 3c, RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

8.

En l'espèce, il est établi que le recourant a été atteint d'un cancer du côlon diagnostiqué fin 2006, opéré début 2007, traité par chimiothérapie jusqu'en juillet 2007 et souffre principalement d'une perte de l'ouïe à droite, de faiblesses des membres inférieurs et supérieurs consécutives à la chimiothérapie.

Eu égard au fait qu'il ne s'agit pas là d'un état de santé stabilisé, la let. a de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la let. b de cette disposition légale prévoyant en principe une période d'attente d'une année à partir du début de l'incapacité de travail déterminante pour le début du droit à la rente.

9.

9.1. L'art. 69 RAI prescrit que l'office de l'assurance-invalidité réunit les pièces nécessaires, en particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que

sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation; à cet effet peuvent être exigés ou effectués des rapports ou des renseignements, des expertises ou des enquêtes sur place, il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides.

9.2. Le Tribunal des assurances doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle que soit leur provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, il s'assurera que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les conclusions de l'expert sont dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a et les références).

9.3. Pour accomplir leurs tâches les offices AI sont tenus, au stade de la procédure administrative, de confier une expertise à un médecin indépendant lorsqu'elle se révèle nécessaire pour clarifier les aspects médicaux du cas (VALTERIO, op. cit., n° 2891). Il ne faut cependant recourir à une expertise que si des moyens plus simples et économiques ne suffisent pas à se prononcer (rapports médicaux, renseignements), ou encore en présence de controverses médicales sur le cas concret (STÉPHANE BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, Fribourg, 1999, p. 142). La jurisprudence ne requiert pas qu'il faille toujours procéder à une expertise interdisciplinaire lorsqu'une personne souffre d'atteintes à sa santé physique et psychique (VALTERIO, op. cit., n° 2914). Plus pragmatiquement l'administration peut procéder à une appréciation anticipée des preuves pour juger de la non nécessité d'une expertise médicale si le dossier est complet (cf. ATF 135 V 2 consid. 1.3).

10.

10.1. En l'espèce l'assuré a développé un cancer du côlon qui a été opéré avec succès en janvier 2007 et a ensuite suivi une chimiothérapie de 6 mois selon le rapport du Dr C._____ du 30 juillet 2009. Il n'apparaît pas au dossier de complications médicales à la suite de l'intervention chirurgicale. Un premier rapport E 213 du 15 janvier 2008 relève un bon état général mais des paresthésies aux quatre membres, une diminution de la force motrice et des rachialgies. Ce status a été confirmé par plusieurs rapports médicaux successifs avec le diagnostic

compatible de polyneuropathie sensitive moteur évoqué par le Dr C._____. Les rapports E 213 d'août et novembre 2009 retiennent à la suite des diagnostics précités une capacité de travail limitée dans l'ancienne activité et une pleine capacité de travail dans une activité adaptée. Le rapport de la Dresse D._____ du 29 décembre 2009 fait toujours état d'une polyneuropathie sensitive de type mixte au niveau des membres et relève un status sans métastase, exempt de tumeur. Enfin un EMG du 4 janvier 2010 conclut à une polyneuropathie sensitive modérée des membres supérieurs et inférieurs. Les symptômes de la littérature médicale liés au cancer du côlon mentionnés par le représentant de l'assuré ne sont pas évoqués cliniquement, l'assuré n'a pas souffert d'une perte de poids selon les rapports E 213 successifs.

10.2. Dans sa prise de position du 15 janvier 2010 le Dr E._____, retenant le status post opératoire d'un carcinome du côlon avec complication de polyneuropathie senso-moteur, considéra que l'intéressé ne pouvait plus exercer son ancienne activité lourde dans la construction mais pouvait exercer une activité légère adaptée à 80% dès le 1^{er} janvier 2007 et à 100% dès le 1^{er} août 2007. Il motiva cela par le fait que l'intervention chirurgicale ne s'était pas suivie de complication et que seules des paresthésies aux quatre membres affectaient l'assuré. Dans sa prise de position du 27 août 2010 la Dresse F._____, oncologue, a indiqué partager la prise de position du Dr E._____ confirmant la possibilité pour l'assuré d'exercer à 100% une activité adaptée. Les rapports E 213 de la sécurité sociales portugaise ont constamment indiqué que l'intéressé était en mesure d'exercer une activité adaptée à plein temps. Il s'ensuit qu'aucun rapport médical au dossier ne permet de mettre en doute le bien-fondé des médecins du service médical de l'OAIE. Implicitement une expertise médicale ou un examen clinique de l'intéressé en Suisse ne saurait se justifier (cf. supra consid. 9.3).

10.3. Les Drs E._____ et F._____ ont retenu que l'intéressé était en mesure de reprendre une activité légère adaptée à 100% à compter du 1^{er} août 2007, soit à la fin de la chimiothérapie. En principe une appréciation établie sur un examen clinique est nécessaire pour déterminer à partir de quand une activité lucrative est à nouveau exigible. Or en l'espèce un tel examen clinique au milieu de l'année 2007 manque. Il appert toutefois que l'intervention chirurgicale s'est déroulée sans complication, que la chimiothérapie a été cessée en juillet 2007 sans autre suivi médical connu. Dans son rapport du 30 juillet 2009 le Dr C._____ ne signale d'ailleurs rien de particulier suite à la fin de la chimiothérapie. Il en est de même du rapport de la Dresse D._____

daté du 29 décembre 2009. Seule est signalée une polyneuropathie sensitive de type mixte, atteinte qui ne permet plus à l'intéressé d'exercer une activité lourde mais qui ne l'empêcherait pas d'exercer une activité légère. Dans les divers rapports E 213 il est signalé une expression dépressive et précisément dans le rapport E 213 du 14 novembre 2009 un syndrome dépressif. Il n'apparaît toutefois pas au dossier une documentation médicale étayant l'énoncé du syndrome dépressif de sorte que ces énoncés ne peuvent justifier des mesures d'instructions, ce d'autant que l'intéressé ne fait pas valoir souffrir de troubles d'ordre psychiatrique.

Il s'ensuit de ce qui précède que le Tribunal de céans peut retenir une pleine capacité de travail de l'intéressé dans une activité légère adaptée à compter du 1^{er} août 2007. La perte de l'ouïe à droite qui n'a, il est vrai pas été discutée par les médecins de l'OAIE, n'est pas de nature à modifier cette appréciation. Ce handicap remonte d'ailleurs à un accident de 1995 selon le rapport du Dr Nunes du 26 août 2009 et n'a pas empêché l'intéressé de travailler jusqu'à fin 2005.

11.

11.1. Selon l'art. 16 LPGA, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui, après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré.

11.2. Le gain d'invalide est une donnée théorique, même s'il est évalué sur la base de statistiques. Ces données servent à fixer le montant du gain que l'assuré pourrait obtenir, sur un marché équilibré du travail, en mettant pleinement à profit sa capacité résiduelle de travail dans un emploi adapté à son handicap (arrêt du Tribunal fédéral I 85/05 du 5 juin 2005 consid. 6 et arrêt du Tribunal fédéral I 222/05 du 13 octobre 2005 consid. 6). Ce gain doit être comparé au moment déterminant avec celui que la personne valide aurait effectivement pu réaliser au degré de la vraisemblance prépondérante si elle était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1). Le gain de personne valide doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, ou, à défaut de salaire de référence, au salaire théorique qu'il aurait pu obtenir selon les salaires théoriques statistiques disponibles. L'administration doit de plus tenir compte pour le salaire

d'invalide de référence d'une diminution de celui-ci, cas échéant, pour raison d'âge, de limitations dans les travaux dits légers ou de circonstances particulières. La jurisprudence n'admet à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5).

12.

12.1. En l'espèce il y a lieu de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus sur la base de données statistiques 2008 car il doit être admis que, bien qu'ayant cessé son activité fin 2005 pour des raisons non médicalement déterminantes, c'est à compter de janvier 2007 que l'intéressé a présenté une incapacité de travail déterminante dans sa profession de maçon ne lui permettant que d'exercer une activité légère adaptée à 80% puis à 100% à compter d'août 2007 mais que ce n'est qu'au 1^{er} janvier 2008 que ce serait ouvert théoriquement pour lui, cas échéant, le droit à une rente d'invalidité. En effet, selon la jurisprudence, les salaires avant et après invalidité doivent être pris en compte / indexés jusqu'à la date de la survenance du droit théorique éventuel à la rente suite au délai d'attente d'une année (ATF 128 V 174 et 129 V 222).

L'OAIE a effectué une comparaison de revenus en Euro sur la base de revenus théoriques portugais en retenant une perte de gain de 29% (pce 64). Le calcul en tant que tel n'a pas été contesté par le recourant représenté par un mandataire professionnel. Son résultat ne permet pas d'avoir droit à une rente d'invalidité. L'issue de la procédure ne serait pas différente même en référence à un calcul établi selon les données statistiques suisses (cf. Enquête suisse sur la structure des salaires [ESS] 2008).

12.2. Il y a lieu de retenir comme base de comparaison sans invalidité le revenu que l'intéressé aurait pu obtenir en Suisse en 2008 en tant que maçon selon l'ESS 2008 table TA1 niveau de qualification 3 correspondant à une activité avec connaissances spécialisées, soit Fr. 5'602.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'826.08 pour 41.6 h./sem. selon le temps de travail usuel dans la construction.

12.3. Le salaire après invalidité doit être fixé sur la base des données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur les salaires 2008 (table TA1). En l'occurrence les activités de substitution proposées par le Dr E._____, avec la restriction à juste titre aux activités légères, s'inscrivent dans la détermination du revenu médian toutes branches

confondues dans le secteur privé de la production pour des activités simples et répétitives (niveau 4) à 100%, soit Fr. 4'806.- pour 40 h./sem. et Fr. 4'998.24 pour 41.6 h./sem. selon le temps de travail usuel de ce secteur, sous déduction d'un abattement de 15% pour tenir compte d'une activité limitée aux tâches légères et de l'âge de l'assuré, soit Fr. 4'248.50.-. La réduction du salaire statistique d'invalidé, selon la jurisprudence, ne peut être examinée par un tribunal qu'avec une certaine retenue, étant donné que l'administration jouit d'une marge d'appréciation importante en la matière (ATF 126 V 75). En l'occurrence l'abattement retenu est adéquat car l'atteinte à la santé de l'intéressé ne l'entrave pas dans des activités légères notamment de surveillance et sans port de charges. De nombreuses activités d'entre elles peuvent être exercées sans efforts moyennement importants, de sorte que ces activités sont adaptées aux possibilités du recourant. De plus, la majeure partie de ces postes ne nécessite pas de formation particulière autre qu'une mise au courant initiale.

12.4. En comparant le salaire mensuel avant invalidité de Fr. 5'826.08.- avec celui après invalidité de Fr. 4'248.50.-, on obtient une perte de gain de 27.07% arrondie à 27% ($[5'826.08 - 4'248.50] : 5'826.08 \times 100$). Même indexés valeurs 2010, année de la décision attaquée, les revenus à comparer ne permettent pas d'atteindre un taux d'invalidité égal ou supérieur à 40%.

Il appert de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

13.

Dans le cadre de cette demande de rente, il est utile de rappeler que, selon un principe général valable en assurances sociales, l'assuré a l'obligation de diminuer le dommage et doit entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2 et les références citées; ATF 123 V 233 consid. 3c). Dans ce contexte, il convient de souligner que ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, un arrêt prolongé de l'activité professionnelle ou même le refus d'exercer une activité médicalement exigible ne constituent un critère relevant pour l'octroi d'une rente d'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3).

14.

14.1. Les frais de procédure, fixés à CHF 400.-, sont mis à la charge du recourant (art. 63 al. 1 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant dont il s'est acquitté au cours de l'instruction.

14.2. Vu l'issue du litige, il n'est pas alloué d'indemnité de dépens (art. 7 al. 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure de Fr. 400.- sont mis à la charge du recourant et sont compensés avec l'avance de frais déjà fournie.

3.

Il n'est pas alloué d'indemnité de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. __ ; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances sociales à Berne (Recommandé)

Les voies de droit figurent sur la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Pascal Montavon

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :